

# Principio acusatorio e imparcialidad judicial: dos caras de una misma moneda.<sup>1</sup>

## I. Introducción

En el presente trabajo, partiré por señalar, en cita de ilustrados autores, cuáles son los rasgos esenciales que permiten asignarle a un sistema de enjuiciamiento el carácter de acusatorio o inquisitivo.

Adelantaré, desde ya, que la cláusula constitucional prevista en el artículo 118 de nuestra Carta Magna, resulta contundente a la hora de determinar qué modelo debíamos adoptar: "...Todos los **juicios criminales ordinarios**, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados **se terminarán por jurados**, luego que se establezca en la República esta institución...". Lo dicho, se conjuga con la disposición del artículo 116: "...Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el **conocimiento y decisión** de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación...".

En este sentido, el hecho de que se instituya el modelo de enjuiciamiento popular denota, a todas luces, que nuestra Constitución ordena la construcción de un sistema penal claramente acusatorio, muy a pesar de la legislación procesal nacional que, deliberadamente, desoye dicha manda e instituye un "sistema mixto".

Posteriormente, analizaré una reciente sentencia judicial (el acusador al contestar la vista prevista por el artículo 346 del ordenamiento de forma, solicitó el sobreseimiento de la imputada agregando que, en caso de desacuerdo, la Juez de instrucción podía elevar en consulta al Fiscal General de Cámara para que ratifique o rectifique su pedido desinriminatorio, circunstancia que se materializó con la elevación a Cámara por parte del órgano jurisdiccional y motivó el planteo de nulidad por parte de la defensa que fue rechazado por la magistrada) teniendo en cuenta los criterios antes esbozados para, luego, anclar mi análisis en jurisprudencia del Máximo Tribunal, de la Cámara Federal de Casación Penal y de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional.

Así, me preguntaré: ¿es posible cumplir con las mandas constitucionales, pese al Código Procesal Penal de la Nación aún vigente?

---

<sup>1</sup> Autor: Dino Minoggio, [dinominoggio@gmail.com](mailto:dinominoggio@gmail.com)

## II. Conceptos teóricos

El ilustrado jurista italiano Luigi Ferrajoli, definió con enorme claridad, de qué hablamos cuando nos referimos a un sistema acusatorio y a uno inquisitivo. Sostuvo que “...la dicotomía “acusatorio/inquisitivo” es útil para designar una doble alternativa: ante todo, la que se da entre dos modelos opuestos de organización judicial y, en consecuencia, entre dos figuras de *juez*; y, en segundo lugar, la que existe entre dos métodos de averiguación judicial igualmente contrapuestos y por tanto, entre dos tipos de juicio. Precisamente, se puede llamar *acusatorio* a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. A la inversa, llamaré *inquisitivo* a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de defensa (...): si el sistema acusatorio favorece modelos de juez popular y procedimientos que valorizan el juicio contradictorio como método de investigación de la verdad, el sistema inquisitivo tiende a privilegiar estructuras judiciales burocratizadas y procedimientos fundados en poderes de instrucción del juez, acaso compensados por vínculos de pruebas legales y por pluralidad de grados en el enjuiciamiento...”<sup>2</sup>.

Agrega el autor, que “...la separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás (...). Comporta no sólo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación –con la consiguiente calidad de espectadores pasivos y desinteresados reservada a los primeros como consecuencia de la prohibición *ne procedat iudex ex officio*–, sino también, y sobre todo, el papel de *parte* –en posición de paridad con la defensa– asignado al órgano de la acusación, con la consiguiente falta de poder alguno sobre la persona del imputado. La garantía de la separación, así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad del juez respecto a las partes de causa, que, como se verá, es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura

---

<sup>2</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, España, 1995, Capítulo 9, pág. 564.

del juez; por otra, un presupuesto de la *carga de la imputación y de la prueba*, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio...”<sup>3</sup>.

Ello sentado, no quedan dudas de que el sistema penal que se adopte, será acusatorio o inquisitivo, de acuerdo al modo en que se lleve adelante la averiguación de la verdad procesal. Así, cuanto más diferenciadas se encuentren las funciones de ejercer la jurisdicción -que significa “decir el derecho” (del latín “iurisdictio”: “ius”, derecho y, “dicare”, declarar o decir)- y de acusar (del latín “accusare”, es decir, atribuir culpa o delito), más cerca nos encontraremos de corporeizar la cláusula constitucional antes invocada. Ésta, es la única manera de asegurar un proceso penal en el que el juzgador, sea imparcial<sup>4</sup>.

Sobre el punto, Diego Zysman Quirós (en un más que interesante artículo), sostuvo que “...la garantía de imparcialidad ha sido entendida por número doctrina y jurisprudencia, como salvaguarda a un tribunal (profesional o popular) de carácter imparcial; es decir, ligada al afianzamiento de una cualidad del juez, muchas veces asimilada a un objetivo, equitativo o neutral. En este sentido, también se ha expresado que -comprendiendo las limitaciones de los hombres- sólo puede ser entendida como un ideal a cumplir. (...) La base de lo que hoy podemos comprender como imparcialidad del juzgador, y en forma expresa en numerosos pactos internacionales, no es la mera presencia de una actitud o cualidad especial en los jueces, que se refleja en un principio del derecho, es un concepto derivado de la recepción de una forma o medio histórico jurídico de entender la imparcialidad y regular conforme a ella a los juzgadores...”<sup>5</sup>.

En este sentido, el autor, al analizar el modelo de imparcialidad inglés, afirmó que “...todo este fluir dio lugar a un modelo de imparcialidad fuertemente anclado al procedimiento acusatorio y la institución de los jurados, donde el juez profesional conservaba el ejercicio de un poder muy importante de decir el derecho, según el *common* y el *case law*. De esta forma, **la imparcialidad presuponía una relación triangular entre las partes y los juzgadores, y una escisión entre el poder de decir la verdad**

---

<sup>3</sup> Ferrajoli, Luigi, op. Cit., pág. 567.

<sup>4</sup> La garantía de imparcialidad judicial, incorporada a nuestro bloque de constitucionalidad federal mediante el artículo 75 inc. 22 (C.N.), se encuentra reconocida en distintos Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos: Artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

<sup>5</sup> Zysman Quirós, Diego, *Imparcialidad judicial y enjuiciamiento penal. Un estudio histórico-conceptual de modelos normativos de imparcialidad*, en Hendler, Edmundo S. (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2001, págs. 340/341.

**de los hechos (el jurado) y el derecho (el juez permanente)...”<sup>6</sup>** (el resaltado me pertenece).

De este modo -y lo reitero-, la distribución propia de roles que resulta inherente a un sistema de tipo acusatorio de averiguación de la verdad, es la que garantiza la imparcialidad del juzgador.

### **III. Análisis del caso sujeto a estudio**

#### **a. Transcripción de la sentencia**

JUZGADO NACIONAL DE MENORES NRO. 3 CCC 60456/2016/2

///nos Aires, 28 de noviembre de 2017.

#### **AUTOS Y VISTOS:**

Para resolver en la presente incidencia de nulidad en la causa n° 60456/16, autos caratulados: “R. A. y otros s/ robo en grado de tentativa”, en trámite por ante la Secretaría n° 9 del Juzgado Nacional de Menores n° 3;

#### **Y CONSIDERANDO:**

Que la presente incidencia se inicia a raíz del escrito presentado por la defensa de la imputada A. R., con fecha 21 de noviembre del corriente año.

El defensor, solicita al Tribunal se declare la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 348 del CPPN en su parte pertinente, y se decrete la nulidad absoluta del auto de fecha 15 de noviembre de 2017, y de todo lo obrado en consecuencia (art. 172 del CPPN), debiéndose por tanto, sobreseer a A. D. R. ante el requerimiento desinriminatorio postulado por el Sr. Fiscal.

Asimismo expresa que este juzgado en su resolución de fs. 329 ha aplicado el art. 348 CPPN segundo párrafo, planteando la inconstitucionalidad de la misma por ser violatoria a las garantías constitucionales del debido proceso legal, la defensa en juicio y la autonomía funcional del Ministerio Público Fiscal, y afectándose en consecuencia la imparcialidad del juzgador.

Cabe aclarar que en virtud de haber corrido oportunamente la vista al sr. Fiscal de conformidad con lo dispuesto por el art. 347 inc. 2 del C.P.P.N este solicitó el sobreseimiento de la imputada A. D. R. respecto al hecho investigado de conformidad

---

<sup>6</sup> Zysman Quirós, Diego, op. Cit., pág. 347.

con lo dispuesto por el art. 336 inc. 4º del citado cuerpo legal, invitando a la firmante que en caso de no compartir el criterio y conforme a las Res. PGN 32/02 y PGN 13/05 se eleve las actuaciones al Sr. Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones para que se expida en relación a la solicitud de sobreseimiento, situación que motivó el auto cuya nulidad solicitó la defensa.

Evacuada que fuera la vista conferida al Sr. Fiscal en esta Incidencia, refiere que, analizadas las constancias de autos, no se ha aplicado el art. 348, segundo párrafo CPPN, sino que su dictamen de fs. 327/8 se cumplió con la Res. PGN 32/02 de darle la posibilidad expresa a este juzgado que en caso de discrepancia se remitan las presentes actuaciones al Fiscal General ante la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones del fuero.

Agrega también, que este Juzgado no ha violado el principio de la autonomía del Ministerio Público Fiscal, ello toda vez que se resolvió que el planteo interpuesto sea resuelto por el Sr. Fiscal General de la Nación, órgano jerárquico superior, habilitado por el Procurador General de la Nación mediante la res. PGN 32/02 para dirimir el conflicto, de modo que no existe avasallamiento de la autonomía funcional que prevé el art. 120 de la CN.

Ahora bien, en orden a resolver la cuestión, he de dejar sentado que de conformidad con lo expresado por el Sr. Fiscal, este juzgado no ha aplicado el artículo al que hace referencia el Sr. Defensor Oficial, sino que en uso de las facultades que acuerda la norma sea el Procurador General de la Nación, inmediato superior al Ministerio Público que interviene, quien atienda el conflicto de derechos en pugna y quien asegure un control de los actos de gobierno de los integrantes del Ministerio Público, como asimismo en defensa de la legalidad y protección de la sociedad en general.

Respecto al lo aquí planteado, la doctrina sostiene: "...El procedimiento adoptado por la juez de instrucción por medio del cual elevaron las actuaciones al Fiscal General de Cámara para que este decida acerca de que participación le correspondía al Fiscal actuante ante el Juzgado de instrucción se presenta como el mas adecuado a efectos de asegurar la vigencia de los principios constitucionales –independencia y autonomía funcional jurisdiccional y acatar la doctrina emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Registro nº 974.14.4 Dib, Miguel Oscar s/ rec. De casacion. 23/05/14 CN16359 Cam. Fed. Casacion Penal Sala IV).

Como se expresara anteriormente, en el caso de examen estimo que la defensa ha contado con la posibilidad cierta de ejercer el derecho de defensa en juicio, siendo, por lo tanto, válido todo lo actuado por este Juzgado.

De acuerdo a todo lo expuesto,

**RESUELVO:**

1) NO HACER LUGAR A LA NULIDAD PLANTEADA POR EL DEFENSOR OFICIAL EN LA PRESENTE CAUSA n° 60.456/16, por los motivos precedentemente expuestos (art.166 “contrario sensu” del C.P.P.N.).

2) NOTIFIQUESE A LAS PARTES.

**b. Observaciones**

En el caso que nos ocupa, como ya se dijera, la juez de menores resuelve no hace lugar al sobreseimiento postulado por el Sr. Agente Fiscal y, en consecuencia, da intervención al Fiscal General de la Cámara para que determine la postura del órgano acusatorio con el objetivo final de lograr que la causa avance hacia a la etapa de juicio, ello en base a una Resolución de la Procuración General de la Nación.

De acuerdo a lo que ya fuera desarrollado en el punto II, partiré por afirmar que, a todas luces, la “falta de acuerdo” con lo peticionado por el acusador público y la elevación en consulta demuestra, no solo la falta de parcialidad de quien debe juzgar los hechos sino, también, deja al descubierto la forma en que es comprendida la actividad jurisdiccional: los jueces, en su gran mayoría, no reparan en la división de roles que constitucionalmente se les ha asignado y arrasan, de pleno, con las consecuencias esenciales de la aplicación del principio acusatorio.

En efecto, la juez, desde el momento en que se opone a la propuesta desincriminatoria postulada por el Sr. Fiscal, plasmada en un dictamen que reúne los requisitos de legalidad y de fundamentación suficiente, realiza una valoración acerca de la vinculación del encausado con la perpetración del injusto penal investigado, ponderación que evidencia la parcialidad de la judicante.

En lo que respecta al argumento central de la magistrada (en cuanto ha sostenido que no resultan conculcados el debido proceso legal, la defensa en juicio y la autonomía funcional del Ministerio Público Fiscal -arts. 1, 18, 33 y 120 de la Carta Magna-, dado que solo se limitó a remitir el expediente al Sr. Fiscal General sin dirimir contienda

alguna), es de destacar que la vulneración de las mentadas garantías supremas, se materializa desde el momento mismo en que la Sra. Juez de grado eleva los autos al Fiscal General a pesar de la solicitud desincriminatoria del Sr. Fiscal: allí, se pone de manifiesto su parcialidad para conocer y resolver el caso que aquí se analiza.

Sentado ello, cabe destacar que la juez al sostener que no ha aplicado el artículo 348 segundo párrafo del ordenamiento ritual (tal como lo afirma la defensa), deja en claro que se valió de un mecanismo que no tiene sustento legal alguno, toda vez que la resoluciones emanadas de la Procuración General de la Nación (Res. PGN 32/02 y Res. PGN 13/02), en modo alguno pueden ser consideradas normas procesales ya que, de lo contrario, nos encontraríamos frente a un organismo autónomo al que se le han asignado, de facto, facultades legislativas, circunstancia que resulta intolerable constitucionalmente.

Ahora bien, lo que resulta llamativo, es que el Fiscal de la causa, lejos de aferrarse a su postura desincriminatoria y amparándose en una resolución que, claramente, no es ley formal, decide, dictaminar solicitando el rechazo de la nulidad planteada por la defensa. Entonces, vemos que la falta de apego al estricto respeto a la separación de roles, no sólo debe ser achacada a quienes deben juzgar, sino que también, son los mismos acusadores quienes permiten y facilitan este juego inconstitucional: la tibieza de los dictámenes, no hacen más que desprestigiar el rol que constitucionalmente se les ha asignado.

Cabe destacar, que en el anexo del presente trabajo, podrá encontrar la resolución de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en la que se resuelve revocar el auto sujeto a estudio y declarar la nulidad de la elevación en consulta. Lamentablemente, los argumentos por los que los jueces llegan a esa conclusión, no reparan en el respeto a la división de roles: se limitan a declarar la nulidad, toda vez que "...el procedimiento implementado por la jueza de la instancia anterior (...) no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento procesal..." (debido a que el mecanismo se halla regulado en dos resoluciones de la Procuración General y no la ley de forma).

#### **IV. Jurisprudencia aplicable**

Al caso sujeto a estudio, entre innumerables precedentes de la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal y de la Excma. Cámara Federal de Casación, resulta plenamente aplicable la inteligencia sentada por nuestro máximo tribunal en el fallo

“Quiroga” (C.S.J.N, 23/12/2004.) y reafirmada en el caso “Munson, Gregory” (C.S.J.N, 108:898, 03/03/2005), en cuanto estableció que “...si el acusador declina la prosecución del proceso, el juzgador no puede suplantarlo en su rol, sin romper el juego de equilibrio entre partes, resignando la imparcialidad y afectando las garantías que la Constitución Nacional y la ley consideran vigentes desde la imputación, por cuanto la acusación constituye un bloque indisoluble que se perfecciona en dos momentos procesales distintos, cuales son el requerimiento de elevación a juicio, que habilita la jurisdicción del tribunal para abrir el debate y el alegato fiscal solicitando condena, que habilita la jurisdicción del tribunal a fallar...” (voto de Zaffaroni).

Sobre este punto, no puedo más que disentir con el voto del Dr. Zaffaroni, toda vez que, si bien la conclusión es idéntica, sostendré una diferencia conceptual. A mi humilde entender, la acusación no se perfecciona en dos momentos distintos, sino que la misma queda determinada por el requerimiento de elevación a juicio (jurisprudencialmente así se lo ha entendido, tal como se verá en el desarrollo de este apartado).

Ahora bien, el pedido o no de pena del acusador, determinará la habilitación o no del tribunal para imponer una coerción material. Esta circunstancia, debe ser entendida como un momento posterior e independiente de la base acusatoria que sienta las bases para el juicio: la acusación propiamente dicha (requerimiento de elevación a juicio) ya se perfeccionó oportunamente; ahora, que el fiscal, luego de oído el debate, decida solicitar la absolución, conlleva a la desarticulación del conflicto por el que fuera acusado el sujeto sometido a proceso. Así, “el retiro” del fiscal, tiene por resultado lógico la desaparición del ejercicio de la jurisdicción, ya que no hay nada por decir: lo reitero, no hay conflicto y, por ende, no puede existir imposición de pena.

Avalando la posición defendida en el punto anterior, doctrinariamente se ha dicho, al comentar el fallo “Quiroga”, que “...si bien los jueces de la Corte que se refieren al tema rebaten el argumento de la falta de control del pedido desincriminatorio fiscal, lo cierto es que la evaluación que puede ejercerse de dicho pedido aparenta limitarse sólo a los controles internos del Ministerio Público o a las posibles violaciones a los deberes de funcionario público (Petrachi y Highton de Nolasco -consid. 31-, Fayt -consid. 43- y Zaffaroni -consid. 25-), pero, en principio, pareciera que, dentro del proceso, la consecuencia de la aplicación de la doctrina “Quiroga” resulta ser la ausencia de control de tal acto. Es decir, a partir de dicho fallo, los eventuales controles tendrán lugar ‘por fuera’ de las causas judiciales, pero los procesos en los que el fiscal no requirió elevación



a juicio y pidió el sobreseimiento deberán concluir sin control alguno ‘en su interior’. Lo que proceda después en cuanto a las actuaciones administrativas dentro del ámbito del Ministerio Público o al eventual proceso penal que se inicie contra el funcionario, en nada cambiarán, por aplicación del principio ne bis in idem, la ya sellada suerte desincriminatoria del proceso original...”<sup>7</sup>.

Así pues, es dable concluir, máxime teniendo en cuenta la relevancia que debe asignársele a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que nuestra Carta Magna impide que los juzgadores ejerzan una función distinta del conocimiento y decisión de casos que le hayan sido planteados por el titular exclusivo del ejercicio de la acción penal pública. De esta manera, se garantiza que el juez será imparcial, con el consecuente resguardo del derecho de defensa en juicio del justiciable.

También, en el caso “Mostaccio” (c. M. 528-XXXV, rta. el 7 de febrero de 2004) la Corte Suprema de Justicia de la Nación retomó el criterio que había sentado en los precedentes, “Tarifeño” (T. 209-XXII), “García” (G. 91-XXVII), “Cattonar” (C. 408-XXXI) y González (G. 550-XXIV), en cuanto a que la garantía constitucional consagrada por el artículo 18 de la ley fundamental, exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales, por lo que, la posición sustentada en dicho fallo resulta plenamente aplicable en la especie, toda vez que estableció que elevada la causa a juicio, sustanciado el debate y requerida a en su curso la absolución del imputado, su condena resulta nula por afectación de la garantía mencionada precedentemente.

Entonces, sostengo que no existe razón alguna para no extender la misma tesitura al estadio procesal previsto en el artículo 346 del C.P.P.N., dado que tal requerimiento fiscal constituye la base del juicio y como tal un requisito esencial para legitimar la apertura de la audiencia de debate.

En efecto, el juez Bruzzone al votar en el caso “Storchi, Fernando s/nulidad” (Sala I, c. 21.229, rta. el 8 de marzo de 2004, en el cual se declaró la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 348 del C.P.P.N.) así lo entendió, al expresar que “...esos ‘momentos’ no sólo se representan en el proceso como un todo, sino que se ven necesitados de constatación en cada acto de ejercicio de la acción penal específicos a lo largo de todo el proceso penal, y en donde los órganos encargados de llevarlos a cabo,

---

<sup>7</sup> Bertelotti, Mariano, *La inconstitucionalidad del procedimiento de consulta, Reflexiones a partir del fallo ‘Quiroga’*, publicado en <http://pastorsgro.blogspot.com/2008/04/la-inconstitucionalidad-del.html>

con mayor énfasis luego de la reforma de 1994, se ubican en cabeza de órganos diferentes e independientes entre sí: la de acusar en el Ministerio Público, la de conocer y juzgar en el Poder Judicial...”.

La injerencia ilegal invocada provoca, asimismo, la violación del derecho de defensa en juicio del persona sometida a proceso, toda vez que siendo el requerimiento de elevación a juicio el marco que circunscribe la imputación que se dirige en contra de la imputada, tal carencia priva a éste de la materia en base a la cual elaborará la estrategia defensiva.

Sobre el punto, el juez Maqueda, en el leading case señalado, dejó asentada su postura a favor de este criterio al precisar: “...por cuanto ante la impugnación del juez de primera instancia del sobreseimiento pedido por el fiscal y el querellante, el imputado no tiene derecho a ser escuchado, resolviéndose la cuestión inaudita parte...” (op. cit., consid. 36).

Por su parte y dando sustento a dicho pensamiento, el Dr. Zaffaroni en el mentado caso, puntualizó que “...siendo el fiscal quien tiene la tarea de acusar, aún en la etapa preparatoria del proceso, cuando arriba a la conclusión de que carece de la prueba suficiente para pasar a la etapa de juicio, desaparece el presupuesto básico de la contienda, toda vez que la acusación, no es ni más ni menos que el marco referencial que delimita el conflicto y respecto del cual se establece la estrategia de defensa...” (op. cit, consid. 14).

Dicho criterio fue ratificado por la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal en los siguientes pronunciamientos: Sala IV, “Aparicio, Ricardo Aldo Javier y otro s/recurso de casación”, rta. el 4 de agosto de 2004, c. n° 4223; Sala III: “Olivo, Juan Ramón s/recurso de casación”, rta. el 8 de febrero de 2005, c. n° 5129, “Sandoval, Orlando Rafael y otro s/recurso de casación”, rta. el 19 de mayo de 2004, c. n° 4804; “Guzmán, José Marcelo y otros s/recurso de casación”, rta. el 11 de marzo de 2004, c. n° 4613 y Sala I, “Frasca, Rodolfo Pedro s/recurso de casación”, rta. el 27 de mayo de 2004, c. n° 5300. En igual sentido, la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de esta ciudad en “Salto, Pablo Ezequiel s/ elevación en consulta”, rta. el 31 de agosto de 2009, c. n° 42961 y la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en “Gómez Caminiti, Jorge Santiago s/ nulidad”, rta. 17 de noviembre de 2017, c. n° 14667/2012.

Por último, resulta de suma relevancia, destacar el brillante voto del juez Mario Magariños respecto del tema abordado en el presente trabajo, en el que sostuvo: “...la

Constitución Nacional establece la forma republicana de gobierno que determina la necesaria división de funciones entre el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, como sistema de frenos y controles de un poder respecto del otro, con la finalidad de garantizar un procedimiento que proporcione los mayores resguardos contra un uso arbitrario del poder del estado respecto de los derechos individuales de todos los habitantes de la Nación (arts. 1 y 33 de la Constitución Nacional). En el marco de esa división de funciones, precisa que la Constitución asigna al Poder Judicial una clara competencia, esto es, conforme lo dispone el art. 116 de la ley suprema, corresponde a ese poder el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos por ella regidos y por las leyes de la Nación, refiriéndose así el texto constitucional al ejercicio de la jurisdicción. A su vez, recuerda que es claro que *sólo puede decidirse una controversia que ha sido previamente planteada*, por lo cual “*El ejercicio de la función judicial por los tribunales nacionales requiere la existencia de un juicio. Así resulta de los términos de los artículos 100 y 101 –actuales 116 y 117– de la Constitución Nacional. Si no existiera esa limitación, los jueces nacionales podrían, por propia iniciativa, revisar los actos de otros departamentos de gobierno...*” (Cfr. Ymaz, Esteban y Rey, Ricardo, *El recurso extraordinario*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 41). De tal modo, **destaca que es evidente que en el art. 116 de la Constitución Nacional sólo se le asigna al Poder Judicial la facultad de *conocer y decidir (juzgar)* un litigio, ante el requerimiento o impulso por parte de un agente externo a él y que, en consecuencia, le está vedado requerir o ejercer funciones de estímulo y mantenimiento de la acción de oficio, esto es, sin que exista un actor que lleve adelante ese impulso y sostenimiento de la acción, necesario para que se presente una contienda susceptible de excitar o habilitar la jurisdicción.** Insiste en que, dada la propia estructura de la máxima republicana de división de funciones que deriva del diagrama de aplicación del poder estatal que, a su vez presenta un necesario correlato en la aplicación del poder punitivo de un Estado de Derecho, principio que nuestra Constitución Nacional recogió siguiendo la ideología iluminista que la inspiró, y que se conoce como una derivación del “principio acusatorio”, expresado en los aforismos *ne procedat iudex ex officio* y *nemo iudex sine actore*. Sostiene que, en el ejercicio del poder penal, que resulta la más drástica injerencia de poder que un gobierno puede aplicar sobre los habitantes de un estado, la máxima republicana de división de funciones se traduce en la separación en órganos estatales distintos para desarrollar las actividades requirentes y jurisdiccionales. **Argumenta entonces, que no hay duda que nuestra Constitución Nacional, surgida como expresión de las ideas**

de la Ilustración, estableció, como consecuencia del principio de división de funciones, una tajante separación entre las funciones estatales requirentes de la acción penal y las funciones judiciales. En efecto, continúa, según lo afirma de modo uniforme la doctrina, uno de los derivados del principio acusatorio es, justamente, la división de roles de los órganos estatales en la persecución penal entre el que acusa y el que juzga o decide, que se basa, además, en el principio de que toda actividad judicial supone una acusación. **En esa inteligencia, explica que las derivaciones necesarias respecto del derecho de defensa y de la imparcialidad del juez, complementan sin duda la significancia que dicho principio adquiere en un programa procesal acorde con un Estado de Derecho.** Sin embargo, puntualiza, que lo que aquí interesa para resolver la cuestión planteada es sólo el aspecto vinculado al principio *ne procedat iudex ex officio* y *nemo iudex sine actore*, entendidos como principios institucionales que regulan un diagrama de atribución de funciones para ejercer el poder penal del estado, de acuerdo a la forma republicana de gobierno y que, por ello, resultan presupuestos estructurantes del modelo de procedimiento. **Asevera que, el principio *ne procedat iudex ex officio* resulta así una manda institucional irrenunciable a la hora de estructurar el modelo de procedimiento penal, más allá de otras derivaciones que de allí surgen para el derecho de defensa y la imparcialidad de los jueces.** Así las cosas, prosigue, el carácter de principio institucional de este axioma surge con nitidez con sólo verificar la decisión de los constituyentes de incluir el art. 116 de la Constitución Nacional en la parte orgánica, Sección Tercera, Capítulo Segundo, de nuestra Norma Fundamental, es decir, allí donde se instituye al Poder Judicial como uno de los tres poderes del Estado federal y se regulan sus atribuciones. En ese orden de ideas, refiere que los aforismos a los que ha hecho alusión, poseen, como consecuencia del principio acusatorio, jerarquía constitucional y son principios institucionales del Estado de Derecho que operan, como sostiene Luigi Ferrajoli en su obra *Derecho y Razón* (traducción de Perfecto Andrés Ibañez y otros, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 567), como garantía orgánica en el proceso penal. Es decir, la separación de funciones entre un órgano que impulsa y sostiene la acción y otro que decide está prevista constitucionalmente en sentido genérico para evitar que cualquier juez asuma facultades requirentes que no le son propias. **En síntesis, de una interpretación razonada de los arts. 1, 33 y 116 de la Constitución Nacional, deriva que, en virtud de la forma republicana de gobierno, la función que al Poder Judicial le corresponde ejercer es, estrictamente, la de *conocer y decidir* una contienda cuando le es planteada por un órgano externo que habilita su**

**jurisdicción y que, por ello, le está vedado ejercer funciones de estímulo y sostenimiento de la acción...**" (D.J.R., Reg. Nro. 224/2017, Causa Nro. 72974/2015, Sala III, Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, 28 de marzo de 2017) –el resaltado me pertenece–.

## **V. Reflexiones finales**

Toda vez que, según mi entender, resulta imposible pensar un método de averiguación de la verdad que no sea respetuoso de las garantías esenciales de los justiciables –que actúan como escudos protectores ante el poder punitivo del estado–, no puedo más que resaltar que aún queda un largo camino por recorrer para que, quienes tienen asignada la función de decir el derecho, es decir de “conocer y decidir”, sólo se limiten a realizar tal actividad.

Me permitiré afirmar que, con las herramientas que hoy se cuentan, bien pueden los operadores judiciales (tal como sucedió y sucede jurisprudencialmente –como se ha visto en el punto IV–), al menos, entender que la lógica del funcionamiento acusatorio se encuentra en plena vigencia. A mi entender, no parece correcto achacar la responsabilidad sólo al órgano jurisdiccional ya que, muchas veces, el acusador público cede sus facultades: en el caso analizado, al corrérsele vista al señor Fiscal, éste dictaminó por el rechazo de la nulidad planteada por la defensa, sosteniendo que se trataba de un mecanismo previsto en una resolución de la Procuración General.

En este sentido, si los fiscales no marcan límites, difícilmente los jueces procederán en cumplimiento de la manda constitucional del artículo 116 que limita su poder de actuación: en la práctica judicial, resulta habitual que, pese a la conformidad fiscal respecto de la concesión de la excarcelación a una persona detenida, el juez de grado resuelva su denegatoria, sin invocar la nulidad del dictamen e inclusive, muchas veces, sin si quiera hacer mención en la resolución al dictamen fiscal.

Ahora bien, cabe preguntares, ¿por qué motivo el acusador público no interpone un recurso de apelación en favor del imputado sosteniendo que el juez de grado falló sin encontrarse habilitada su jurisdicción (ello dicho, más allá de la opinión que al respecto tenga el Fiscal de Cámara)? Este ejemplo –que demuestra, a todas luces, la falta de comprensión del funcionamiento de un sistema acusatorio–, se replica una y otra vez y no sólo en relación al instituto de la excarcelación.

Según lo desarrollado, resulta evidente que las mandas constitucionales a las que aludiera al inicio del presente trabajo, fueron, de plano, olvidadas: si tal como enseña el

profesor Maier, el derecho procesal penal es derecho constitucional reglamentado, no puede tolerarse que un siglo y medio, aún no contemos con una legislación procesal que instituya el modelo de enjuiciamiento popular y organice un proceso penal absolutamente acusatorio: “...El procedimiento reglado que exige la Constitución tampoco es cualquier procedimiento establecido por ley, sino uno acorde con las seguridades individuales y formas que postula la misma ley suprema (juez natural, inviolabilidad, tratamiento del imputado como inocente, incoercibilidad del imputado como órgano de prueba, inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia epistolar, juicio público a decidir por jurados en la misma provincia en la que se cometió el delito), al regular las pautas principales a las queden ajustarse las leyes de enjuiciamiento penal...

**Desde este punto de vista el proceso penal es un *procedimiento de protección jurídica* para los justiciables, y el Derecho procesal penal una *ley reglamentaria de la Constitución* (CN, 28...)...”<sup>8</sup> -el resaltado me pertenece-. Si no comprendemos la lógica de este juego -en el que siempre se requiere un conflicto de base para decidir-, no podremos actuar conforme lo ordena nuestra Ley Suprema.**

---

<sup>8</sup> Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, 2da edición, págs. 489/490.

## VI. Bibliografía

- Bertelotti, Mariano, La inconstitucionalidad del procedimiento de consulta, Reflexiones a partir del fallo 'Quiroga', publicado en <http://pastorsgro.blogspot.com/2008/04/la-inconstitucionalidad-del.html>
- Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Trotta, Madrid, España, 1995.
- Maier, Julio B. J., Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, 2da edición
- Zysman Quirós, Diego, Imparcialidad judicial y enjuiciamiento penal. Un estudio histórico-conceptual de modelos normativos de imparcialidad, en Hendler, Edmundo S. (comp.), Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2001

## Anexo

Sentencia de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en la que se resuelve la nulidad de la resolución transcripta en el punto **a.** del apartado **III** del presente trabajo: CCC 60456/2016/2/CA3 “R. A. D. s/robo, del 27 de diciembre de 2017.

### **VISTOS Y CONSIDERANDO:**

**I.** La magistrada de la instancia de origen rechazó la nulidad planteada por la defensa oficial en torno a la decisión de elevar las actuaciones al Fiscal General, ante el sobreseimiento postulado por el fiscal de grado al momento de corrersele vista en los términos del artículo 347 del CPPN y de conformidad con las Resoluciones 32/02 y 13/05 de la Procuración General de la Nación). A fs. 14/16, la asistencia técnica interpuso un recurso de apelación contra la resolución de fs. 11/12.

**II.** Tal como lo hemos sostenido con anterioridad, el procedimiento implementado por la jueza de la instancia anterior –remitir la causa a conocimiento del Fiscal General luego de que el inferior jerárquico solicitara el sobreseimiento– no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento procesal (CCC, sala V, cn° 14667/2012/5, “Gómez Caminiti”, rta. 17/11/2017).

En efecto, si bien es cierto que el fiscal de grado en cumplimiento con las disposiciones de las Resoluciones 32/02 y 13/05 de la PGN, invitó a la magistrada a proceder de tal modo, lo cierto es que ese control interno dentro del Ministerio Público Fiscal para establecer su postura frente al caso debe zanjarse con antelación a la presentación del dictamen, pues como se ha dicho el procedimiento propuesto no encuentra respaldo en ninguna norma procesal.

En estas condiciones, corresponde revocar el auto impugnado y declarar la nulidad de la resolución de fecha 15 de noviembre de 2017 mediante la que se dispuso elevar las actuaciones en consulta al Fiscal General.

Por los motivos expuestos el tribunal **RESUELVE:**

**REVOCAR** el auto de fs. 11/12 de este incidente y **DECLARAR LA NULIDAD** del auto de fs. 329/vta. del principal.